



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/77709>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

De aansprakelijkheid van de falsus procurator in Europees en rechtsvergelijkend perspectief

Danny Busch en Laura J. Macgregor*

* Danny Busch is advocaat te Amsterdam en senior onderzoeker bij het Onderzoekcentrum voor Onderneming & Recht, RU Nijmegen. Laura J. Macgregor is Senior Lecturer en Director van het Edinburgh Centre for Commercial Law at the Law School, Edinburgh University.

1 Onder onbevoegde vertegenwoordiging verstaan wij alle gevallen waarin de tussenpersoon ten tijde van het aangaan van de desbetreffende rechtshandeling (bijv. het sluiten van een contract) niet over (toereikende) vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt. Het onderwerp van de onbevoegde vertegenwoordiging valt uiteen in volgende drie deelonderwerpen: (1) opgewekte vertegenwoordigingsschijn, (2) (schijn van) bekrachtiging en (3) aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger of *falsus procurator*.

2 De (gepubliceerde) Nederlandse jurisprudentie over onbevoegde vertegenwoordiging heeft in de periode 2000-2007 bijvoorbeeld de volgende oogst opgeleverd: (1) maar liefst 57 uitspraken over opgewekte vertegenwoordigingsschijn, (2) 4 uitspraken over (schijn van) bekrachtiging, (3) 15 uitspraken over de aansprakelijkheid van de *falsus procurator*. Zie A.L.H. Ernes, *Tussenpersonen in het handelsverkeersrecht* (NTHR-reeks Deel 7), Zutphen: Uitgeverij Paris 2008, p. 35-88, 111-117, 119-139.

3 Een derde kan in gevallen van onbevoegde vertegenwoordiging eventueel ook proberen de *principaal* (in plaats van de *falsus procurator*) aan te spreken met een beroep op opgewekte vertegenwoordigingsschijn of (schijn van) bekrachtiging. Niet zelden zullen deze opties aantrekkelijker zijn, omdat de onbevoegde tussenpersoon geen verhaal biedt of inmiddels met de noorderzon is vertrokken. Deze mogelijkheden worden in dit artikel verder niet onderzocht. Zie daarover uitgebreid (in rechtsvergelijkend perspectief) Busch/Macgregor (2009).

1 Inleiding

Onbevoegde vertegenwoordiging¹ doet zich in het handelsverkeer regelmatig voor. Dat blijkt uit de gestage stroom rechtspraak over dit onderwerp.² Een tussenpersoon contracteert namens zijn principaal, niet wetende dat zijn volmacht inmiddels is geëindigd. Een tussenpersoon verzuimt de omvang van zijn schriftelijke volmacht nauwkeurig te controleren, als gevolg waarvan hij bij het sluiten van een overeenkomst buiten de grenzen van zijn volmacht treedt. Een tussenpersoon overschrijdt willens en wetens zijn volmacht, bijvoorbeeld omdat de transactie zo voordelig is dat de principaal naar de overtuiging van de tussenpersoon de onbevoegdelijk aangegane transactie zeker zal willen bekrachtigen. Soms zal de tussenpersoon dit echter verkeerd inschatten.

De vraag rijst of de regels van contractenrecht, met inbegrip van de vertegenwoordiging, in de diverse rechtsstelsels werkelijk zoveel van elkaar verschillen

In al deze gevallen kan de vraag rijzen in hoeverre de derde, die er immers vanuit ging dat de tussenpersoon bevoegd was een contractsband tussen hem (de derde) en de principaal tot stand te brengen, de tussenpersoon kan aanspreken tot schadevergoeding.³

Het handelsverkeer trekt zich in de praktijk weinig aan van landsgrenzen. Een derde kan zich dan ook geconfron-

Dit artikel is mede gebaseerd op passages uit het rechtsvergelijkende hoofdstuk in D. Busch/L.J. Macgregor (Eds.), *The Unauthorised Agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009 (hierna: Busch/Macgregor (2009)). Genoemd rechtsvergelijkend hoofdstuk is weer gebaseerd op landenrapporten die zijn geschreven door verschillende auteurs: (1) Séverine Saintier (*Senior Lecturer, Sheffield University*, auteur hoofdstuk Frans recht), (2) Ilse Samoy (Postdoctoraal Onderzoeker van het Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek-Vlaanderen, auteur hoofdstuk Belgisch recht), (3) Prof. Martin Schmidt-Kessel (decaan aan de *Universität Osnabrück, Fachbereich Rechtswissenschaften*) en Ana Baide (*Barrister and Solicitor of the High Court of New Zealand, Solicitor, Russel McVeagh*) (auteurs hoofdstuk Duits recht), (4) Prof. Tan Cheng-Han (*Dean, Faculty of Law, National University of Singapore*, auteur hoofdstuk Engels recht), (5) Prof. Deborah Demott (*David F. Cavers Professor of Law, Duke University School of Law*, auteur hoofdstuk *Restatement (Third) of Agency*), (6) Prof. Francis Reynolds (*Professor of Law Emeritus in the University of Oxford, Emeritus Fellow of Worcester College Oxford*, auteur hoofdstuk over het *Restatement (Third) of Agency* vanuit Engels perspectief), (7) Laura Macgregor (auteur hoofdstuk Schots recht), (8) David Yuill (*Attorney, Bowman Gilfillan, Inc., Johannesburg*, auteur hoofdstuk Zuid-Afrikaans recht) en (9) Danny Busch (auteur hoofdstuk Nederlands recht, hoofdstuk over de *Principles of European Contract Law* en hoofdstuk over de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*). Deze bijdrage behandelt (anders dan Busch/Macgregor (2009)) ook het *Draft Common Frame of Reference* (DCFR). Ten tijde van het inleveren van de kopij ten behoeve van Busch/Macgregor (2009) was het DCFR nog niet beschikbaar.

teerd zien met een in het buitenland gevestigde tussenpersoon die namens een eveneens in het buitenland gevestigde principaal handelt. Het contractenrecht, met inbegrip van de vertegenwoordiging, kan zoals bekend momenteel nog van land tot land verschillen. Dat brengt rechtsonzekerheid mee voor de betrokken partijen.

De vraag rijst echter of de regels van contractenrecht, met inbegrip van de ver-

tegenwoordiging, in de diverse rechtsstelsels werkelijk zoveel van elkaar verschillen. Als de regels ook nu al in belangrijke mate convergeren en zich een grootste gemene deler of *common core* begint af te tekenen, zou volledige harmonisatie wellicht nog maar een kleine stap betekenen.

Het is – zeker binnen het bestek van dit artikel – uiteraard niet mogelijk om deze vraag in algemene zin te beantwoorden en daarbij alle bestaande rechtsstelsels te betrekken. Wij zullen ons in het navolgende dan ook beperken tot het leerstuk van de aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger (de *falsus procurator*) en daarbij de volgende rechtsstelsels betrekken: (i) een aantal belangrijke *civil law*-stelsels (het Duitse, het Franse, het Belgische en het Nederlandse recht), (ii) de voornaamste *common law*-systemen (het Engelse en het Amerikaanse recht, dit laatste aan de hand van het in 2006 verschenen, door het *American Law Institute* (ALI) opgestelde, *Restatement (Third) of Agency*⁴), (iii) een tweetal gemengde rechtsstelsels (het Schotse en het Zuid-Afrikaanse recht) en (iv) tot slot de drie belangrijkste mogelijke grondslagen voor harmonisatie van het contractenrecht, te weten de *Principles of European Contract Law* (PECL)⁵, de *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004* (UP)⁶ en het (deels weer op de PECL gebaseerde) *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).⁷

In geen van de bestudeerde rechtsstelsels wordt de onbevoegde vertegenwoordiger beschouwd als de contractuele wederpartij van de derde

2 Algemeen

Een rondgang langs de in §1 genoemde stelsels leert dat de derde de onbevoegde tussenpersoon in de regel⁸ kan aanspreken voor de schade die hij (de derde) heeft geleden als gevolg van de onbevoegdheid van de tussenpersoon.⁹

In geen van de bestudeerde rechtsstelsels wordt de onbevoegde vertegenwoordiger beschouwd als de contractuele wederpartij van de derde. De derde beoogde immers geen contractsband met de tussenpersoon tot stand te brengen, maar met de principaal, terwijl de tussenpersoon op zijn

beurt niet beoogde voor zichzelf te handelen, maar namens de principaal. Voor het Duitse recht verdient de conclusie dat de onbevoegde vertegenwoordiger niet wordt beschouwd als de contractuele wederpartij van de derde enige toelichting. De derde kan de onbevoegde vertegenwoordiger naar Duits recht ofwel aanspreken tot schadevergoeding, ofwel tot nakoming.¹⁰ Als de derde ervoor kiest om de onbevoegde tussenpersoon aan te spreken tot nakoming, betekent dit volgens de heersende leer niet dat de tussenpersoon daarmee *contractuele* wederpartij van de derde wordt. Het betekent slechts dat de tussenpersoon in een rechtsverhouding tot de derde komt te staan op grond van de *wet*.¹¹

In het Nederlandse, het Duitse, het Engelse, het Schotse en het Zuid-Afrikaanse recht, in het *Restatement (Third) of Agency* en in de PECL wordt de aansprakelijkheid van de onbevoegde tussenpersoon gebaseerd op de schending van een contractuele garantie (*breach of warranty of authority*), inhoudende dat de tussenpersoon bevoegd is namens de principaal te handelen. Schending van deze garantie heeft tot gevolg dat de tussenpersoon jegens de derde aansprakelijk is voor een schadevergoeding ter grootte van het positieve contractsbelang. Deze schadevergoeding beoogt de derde in de positie te brengen waarin hij zou hebben verkeerd als de garantie zou zijn nagekomen, dat wil zeggen: als de tussenpersoon *wel* over de noodzakelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid zou hebben beschikt en er een contractsband tot stand zou zijn gekomen tussen de derde en de principaal. De garantieverplichting van de tussenpersoon kan uitdrukkelijk zijn overeengekomen met de derde dan wel impliciet of stilzwijgend zijn aangegaan. Een uitdrukkelijke garantieverplichting zal in de praktijk zeldzaam zijn. De meeste vragen rijzen in verband met impliciete garantieverplichtingen, in welk geval sprake is van een juridische fictie. Steeds geldt dat kwade trouw althans een zekere mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de tussenpersoon geen noodzakelijke voorwaarde is voor het kunnen aanspreken van de tussenpersoon.¹²

In Frankrijk en België is gekozen voor een andere benadering. Daar garandeert de tussenpersoon niet (impliciet of expliciet) dat hij bevoegd is namens de principaal te handelen, maar komt het soms voor dat de onbevoegde tussenpersoon

4 Zie American Law Institute, *Restatement of the Law, Third: Agency*, American Law Institute, St. Paul, MN 2006 (2 delen).

5 Zie voor de PECL (met inbegrip van een artikelsgewijze toelichting en een rechtsvergelijkend notenapparaat): O. Lando & H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law. Part I: performance, Non-performance and Remedies*, Dordrecht/London/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 1995; O. Lando & H. Beale (Eds.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000 (hierna: Lando/Beale (2000)); O. Lando et al. (Eds.), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International 2003.

6 Zie voor de UP (met inbegrip van een artikelsgewijze toelichting): *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome 2004. De volledige tekst met toelichting is ook te downloaden via www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversion/principles2004-e.pdf.

7 Zie C. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke e.a. (Eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, München: Sellier European Law Publishers 2009.

8 Zie voor uitzonderingen § 5 (b), hierna.

9 Zie nader § 4, hierna.

10 § 179 (1) *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB).

11 Zie bijv. K. Larenz & M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München: Beck-Verlag 2007 (hierna: Larenz/Wolf (2007)), § 49, Rn. 19; K.-H. Schramm, in: F.J. Sack (Red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. I §§ 1-240, 5. Aufl., München: Beck-Verlag 2006 (hierna: Schramm (2006)), § 179, Rn. 32.

12 C.J. van Zeben, J.W. du Pon & M.M. Olthoff (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 283 (hierna: Parl. Gesch. Boek 3); S.C.J.J. Kortmann, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Vertegenwoordiging en rechtspersoon, De vertegenwoordiging*, Deventer: Kluwer 2004 (hierna: Asser-Kortmann (2004)), nr. 92 e.v. (Nederland); Schramm (2006) § 179, Rn. 20 (Duitsland); F.M.B. Reynolds, *Bowstead and Reynolds on Agency*, 18th edn., London: Sweet & Maxwell 2006, § 9-060 e.v. (hierna: Bowstead-Reynolds (2006)).

(Engeland); W.M. Gloag, *The law of contract, a treatise on the principles of contract in the law of Scotland*, 2nd edn., Edinburgh: W. Green 1929, p. 155 (hierna: Gloag (1929)) (Schotland); *Blower v. Van Noorden* 1909 TS 890 op 906; D.J. Joubert, *Die Suid-Afrikaanse Vertegenwoordigingsreg*, Cape Town: Juta 1979, p. 80; A.J. Kerr, *The Law of Agency*, 4th edn., Durban: Butterworths 2006 (hierna: Kerr (2006)) p. 248 (Zuid-Afrika); *Restatement (Third) of Agency* § 6.10 (V.S.); Lando/Beale (2000) p. 208 (PECL). Zie echter voor een uitzondering art. 3:76 lid 2, tweede zin, BW, waar te lezen staat dat de tussenpersoon die wist noch behoorde te weten dat de volmacht was geëindigd niet aansprakelijk is jegens de derde. Zie daarover ook § 5 (a), hierna.

13 *Cass. Com.* 25-1-1994, *D* 1994, *SC* 211 (Frankrijk); B. Tillemans, 'Lastgeving', in: *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Deurne: Kluwer 1997, p. 194 (hierna: Tillemans (1997)); P. Wéry, 'Droit des contrats, Le mandat', in: *Répertoire Notarial*, Brussel: Larcier 2000 (hierna: Wéry (2000)), p. 253-254 (België). Zie art. 1997 *Code Civil* (CC) en art. 1997 Belgisch Burgerlijk Wetboek, steeds *in fine*.

14 Bowstead/Reynolds (2006) § 9-061 (Engeland); Gloag (1929) p. 154 (Gloag gaat alleen in op *fraudulent misrepresentation*; er lijkt echter geen reden om aan te nemen dat het Schotse recht op dit punt afwijkt van het Engelse recht, zodat aannemelijk lijkt dat ook *negligent misrepresentation* in dit kader tot de mogelijkheden behoort, zie L.J. Macgregor, 'Unauthorised Agency in Scots Law', in: Busch/Macgregor (2009) (hierna: Macgregor (2009)) p. 292 (Schotland); *Bayer South Africa (Pty) Ltd v. Frost* 1991 (4) SA 559 op 568 B-C (Zuid-Afrika).

15 *Kavanagh v. Continental Shelf Company (No. 46) Ltd* [1993] 2 NZLR 648 (Nieuw-Zeeland); *Fong Maun Yee v. Yoong Weng Ho Robert* [1997] 2 SLR 297 (Singapore).

16 *Bayer South Africa (Pty) Ltd v. Frost* 1991 (4) SA 559.

17 HR 31 januari 1997, *NJ* 1998, 704 m.nt. C.JHB; *JOR* 1997/47 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Reisbureau De Globe/Provincie Groningen*).

18 Zie voor het Franse recht: Ph. Le Tourneau, 'Mandat' (2000) *Répertoire de droit civil* (hierna: Le Tourneau (2000)), § 343. In België is de meerderheid van de schrijvers van mening dat de aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger (uiteraard afgezien van de gevallen waarin de onbevoegde vertegenwoordiger uitdrukkelijk garandeert dat de principaal zal bekrachtigen) gebaseerd is op onrechtmatige daad. Zie Tillemans (1997) p. 199; Wéry (2000) p. 252.

expliciet garandeert dat de principaal de rechtshandeling zal bekrachtigen (*promesse de porte-fort*, ofwel – op zijn Vlaams – het 'beding van sterkmaking'). Als bekrachtiging uitblijft, kan de tussenpersoon worden aangesproken tot schadevergoeding wegens schending van zijn contractuele garantie.¹³ Het zal duidelijk zijn dat dit een andere benadering oplevert dan in de eerdergenoemde stelsels. In Frankrijk en België maakt de tussenpersoon die expliciet garandeert dat zijn principaal zal bekrachtigen per definitie kenbaar dat hij vooralsnog onbevoegd is, terwijl in de stelsels waar de tussenpersoon instaat voor zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid dit juist *niet* kenbaar wordt gemaakt.

In de meeste bestudeerde rechtsstelsels kan aansprakelijkheid ook worden gebaseerd op onrechtmatige daad. In Engeland, Schotland en Zuid-Afrika is dit het geval als de onbevoegde *agent* zich schuldig maakt aan *fraudulent* of *negligent misrepresentation* (een opzettelijke of verwijtbaar onachtzame onjuiste voorstelling van zaken geven).¹⁴ Van *fraudulent misrepresentation* zijn in de Engelse rechtspraak in dit verband voldoende voorbeelden te vinden. In het Engelse en het Schotse recht is in de context van onbevoegde vertegenwoordiging echter geen jurisprudentie bekend over *negligent misrepresentation*. Er bestaan wel conflicterende uitspraken over *negligent representation* in verband met onbevoegde vertegenwoordiging in de *Commonwealth*.¹⁵ Tot slot is in de Zuid-Afrikaanse rechtspraak recentelijk uitdrukkelijk erkend dat de derde de onbevoegde *agent* ook kan aanspreken als deze zich slechts schuldig heeft gemaakt aan *negligent misrepresentation*.¹⁶

Hoe dan ook: acties uit onrechtmatige daad (*in tort*) spelen in Engeland, Schotland en Zuid-Afrika een ondergeschikte rol ten opzichte van de contractuele actie uit hoofde van *breach of warranty of authority*. De grotere populariteit van de contractuele actie valt te verklaren doordat voor het welslagen van een actie uit onrechtmatige daad (*in tort*) de tussenpersoon een verwijt moet kunnen worden gemaakt, terwijl de contractuele actie ook kan slagen als de onbevoegde *agent* geen enkele blaam treft. Bovendien komt in een contractuele actie het positieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking, terwijl *in tort* alleen het negatieve contractsbelang wordt vergoed. Vergoeding

van het negatieve contractsbelang wil zeggen: de derde dient in de positie te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de onbevoegde tussenpersoon hem *niet* erop had doen vertrouwen dat een geldige overeenkomst met de principaal tot stand zou komen. Dit wil overigens niet zeggen dat het altijd de voorkeur verdient om de contractuele weg te bewandelen. Indien de transactie tussen de principaal en de derde verliesgevend zou zijn geweest, zal het instellen van een delictuele actie voordeliger zijn.

In Nederland behoort een actie uit onrechtmatige daad jegens de onbevoegde tussenpersoon eveneens tot de mogelijkheden, maar ook hier speelt deze actie in de praktijk een marginale rol. Andermaal niet alleen omdat hierbij in beginsel slechts het negatieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt (terwijl in een contractuele actie het positieve contractsbelang vergoed wordt), maar ook omdat de derde zal moeten aantonen dat de tussenpersoon gehandeld heeft in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt (wat veelal zal inhouden dat aangetoond moet worden dat de tussenpersoon wist dan wel behoorde te weten dat hij onbevoegd was), hetgeen voor het welslagen van een actie uit hoofde van schending van een garantieverplichting niet nodig is.¹⁷

De rechtssystemen die zich bedienen van een impliciete contractuele garantie van de tussenpersoon hebben veelal moeite om hiervoor een overtuigende juridische grondslag aan te wijzen

In Frankrijk en België zal een actie tegen de onbevoegde vertegenwoordiger daarentegen veelal gebaseerd zijn op onrechtmatige daad, omdat een expliciete garantie dat de principaal zal bekrachtigen (*promesse de porte-fort*) in de praktijk zeldzaam zal zijn. Naar Belgisch en Frans recht zal buiten de gevallen van een *promesse de porte-fort* derhalve een zekere mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de tussenpersoon vereist zijn.¹⁸ Het is in deze rechtsstelsels niet geheel duidelijk of een actie gebaseerd op onrechtmatige

daad ook noodzakelijkerwijs inhoudt dat slechts het negatieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking komt.

De rechtssystemen die zich bedienen van een impliciete contractuele garantie van de tussenpersoon hebben veelal moeite om hiervoor een overtuigende juridische grondslag aan te wijzen. In het Engelse recht wordt de *warranty of authority* theoretisch gefundeerd met een zogenaamd *collateral contract*: de tussenpersoon doet jegens de derde een aanbod inhoudende een garantie dat hij vertegenwoordigingsbevoegd is. De derde aanvaardt dit aanbod stilzwijgend door een contract aan te gaan met de principaal. Deze gewrongen constructie valt te verklaren door het vereiste van *consideration*, hetgeen inhoudt dat altijd een tegenprestatie aanwijsbaar moet zijn waarvan gezegd kan worden dat die ‘(...) something of value in the eye of the law (...)’ vertegenwoordigt.¹⁹ Het is niet noodzakelijk dat de prestaties die over en weer verschuldigd zijn, gelijkwaardig zijn – bekend is het voorbeeld dat zelfs een peperkorrel *good consideration* kan opleveren. Hoe dan ook, in het geval van de *warranty of authority* bestaat de *consideration* erin dat de derde een contract aangaat met de principaal.²⁰ De Schotse *implied warranty of authority* heeft zich ontwikkeld naar het voorbeeld van het Engelse recht, echter met dit verschil dat geen *consideration* vereist is. Om die reden kan de Schotse variant wellicht beter getypeerd worden als een eenzijdige belofte (*pollicitatio*).²¹ In het Zuid-Afrikaanse recht wordt de *implied warranty of authority* omschreven als *quasi-contractual* in plaats van zuiver *contractual*.²² hetgeen waarschijnlijk de meest juiste aanduiding is. De *implied warranty of authority* is enerzijds immers een juridische fictie, zodat het gewrongen aandoet om te spreken van een contract. Echter, anderzijds, gezien de maatstaf van schadevergoeding (vergoeding van het positieve contractsbelang) heeft de *implied warranty of authority* uiteraard wel trekken van een contract.

Ook in Nederland wordt geworsteld met de kwalificatie. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de garantie van de tussenpersoon als een eenzijdige rechtshandeling kwalificeert.²³ In de literatuur is deze typering echter bekritiseerd om haar kunstmatige karakter en is wel geopperd dat beter gesproken kan worden

van een verbintenis die rechtstreeks is gebaseerd op de wet.²⁴ In het Franse en het Belgische recht, voor zover de tussenpersoon een uitdrukkelijke garantie afgeeft dat hij zal bekrachtigen (*promesse de porte-fort*), is de juridische basis uiteraard een belofte.

De reikwijdte van het leerstuk van de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* is in de meeste bestudeerde rechtsstelsels groot

3 Reikwijdte

De reikwijdte van het leerstuk van de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* is in de meeste bestudeerde rechtsstelsels groot. Het leerstuk is meestal niet alleen van toepassing als de tussenpersoon zijn bevoegdheid overschrijdt, maar ook als de tussenpersoon in het geheel geen bevoegdheid heeft.²⁵ In de meeste bestudeerde rechtsstelsels kan men het leerstuk bovendien niet alleen in het contractenrecht toepassen, maar ook bij andere vermogensrechtelijke rechtshandelingen.²⁶ In sommige rechtsstelsels kan men het leerstuk bovendien toepassen buiten de context van vertegenwoordiging krachtens volmacht (bijvoorbeeld bij vertegenwoordiging krachtens wetsbepaling of rechterlijke uitspraak of bij vertegenwoordiging door een orgaan van een rechtspersoon).²⁷ Tot slot kan het leerstuk in elk geval in Nederland ook toegepast worden in verband met onbevoegde rechtshandelingen buiten de sfeer van het vermogensrecht, bijvoorbeeld in het familierecht, het procesrecht en het publiekrecht.²⁸

De derde kan de tussenpersoon in alle bestudeerde rechtsstelsels in de regel aanspreken tot schadevergoeding, meestal voor vergoeding van het positieve contractsbelang

4 Rechtsgevolg

De derde kan de tussenpersoon in alle bestudeerde rechtsstelsels in de regel²⁹ aanspreken tot schadevergoeding, meestal

19 *Thomas v. Thomas* (1842) 2 Q.B. 851, 859.

20 Bowstead-Reynolds (2006) § 9-062.

21 Macgregor (2009) p. 293.

22 Kerr (2006) p. 246.

23 Parl. Gesch. Boek 3, p. 283.

24 Asser-Kortmann (2004) nr. 93; Jac Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel, W.L. Valk, *Rechtshandeling en Overeenkomst* (Studiereeks Burgerlijk Recht deel 3, 5^e druk), Deventer: Kluwer 2007, nr. 114.

25 Aldus expliciet: Brussel 8 juni 1978, *TBH* 1979, 145; H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Brussel: Bruylant 1945-1975, p. 437, 446; Wéry (2000) p. 251 (België); Art. 2.2.6 (1) UP.

26 In het Duitse recht blijkt dit bijvoorbeeld uit het feit dat de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* ook aan de orde kan zijn in verband eenzijdige rechtshandelingen (zie § 180, tweede zin, BGB en § 179 BGB). In het Nederlandse recht blijkt dit uit de bewoordingen van art. 3:70 BW zelf (de bepaling spreekt immers in algemene zin over ‘hij die als gevolmachtigde handelt’). Zie voor het Amerikaanse recht § 6.10, aanhef, *Restatement of Agency (Third)* (waar gesproken wordt van ‘a person who purports to make a contract, representation or conveyance’). In de PECL blijkt dit uit de schakelbepaling van art. 1:107 PECL (Application of the Principles by Way of Analogy) gelezen in verbinding met art. 3:204 (2) PECL over de aansprakelijkheid van de *falsus procurator*. Zie voorts art. II. - 6:101 (1) DCFR (Scope), waaruit blijkt dat Chapter 6 (Representation) van het DCFR in algemene zin van toepassing is op ‘external relationships created by acts of representation’ en art. II.-6:101 (2) DCFR (Scope) voegt daar nog aan toe dat Chapter 6 (Representation) ‘applies also to situations where a person purports to be a representative without actually being a representative’.

27 Zie bijvoorbeeld art. 3:70 juncto art. 3:78 BW.

28 Art. 3:70 juncto art. 3:79 BW.

29 Zie voor uitzonderingen § 5(b), hierna.

voor vergoeding van het positieve contractsbelang. Dit betekent dat de derde in de positie moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de tussenpersoon wel bevoegd was geweest en er een overeenkomst tussen de principaal en de derde tot stand zou zijn gekomen.³⁰ Een uitzondering op deze regel treft men aan in het Duitse recht, waar de onbevoegde vertegenwoordiger te goeder trouw alleen kan worden aangesproken voor vergoeding van het negatieve contractsbelang.³¹

De onbevoegde vertegenwoordiger wordt zelf geen partij bij het contract dat hij namens de principaal probeert te sluiten. In Zuid-Afrika werd tot het begin van de twintigste eeuw op grond van het oorspronkelijke Rooms-Hollandse recht nog geleerd dat de tussenpersoon *wel* contractspartij wordt.³² Het enige stelsel waar men nu nog een min of meer vergelijkbare benadering aantreft is het Duitse recht. Zoals eerder opgemerkt, het Duitse recht biedt de derde de mogelijkheid de onbevoegde tussenpersoon ofwel aan te spreken tot schadevergoeding, ofwel tot nakoming (§ 179 (1) BGB). Echter, het Duitse recht gaat niet zover dat deze gebondenheid gebaseerd wordt op een daadwerkelijk contract tussen de derde en de tussenpersoon. Ofschoon de tussenpersoon dezelfde rechten heeft als die welke hij zou hebben gehad als sprake zou zijn geweest van een daadwerkelijk contract, betreft het hier naar de heersende leer geen contract maar een rechtsverhouding krachtens de *wet*.³³

Kan de onbevoegde tussenpersoon alleen met succes aansprakelijk worden gesteld als hij ten tijde van het verrichten van de onbevoegde rechtshandeling wist of behoorde te weten dat hij niet over toereikende bevoegdheid beschikte?

Gezien de prominente plaats die de actie tot nakoming althans in theorie inneemt in de *civil law*-rechtsstelsels, wekt het weinig verbazing dat de vordering tot nakoming in elk geval potentieel ook in andere *civil law*-stelsels beschikbaar is. In het Nederlandse, Belgische en Franse

recht wordt wel verdedigd dat dit mogelijk is omdat schadevergoeding ook *in natura* kan luiden, al zullen de meeste casusposities zich niet snel lenen voor deze benadering.³⁴

Specific performance (nakoming) heeft een geheel ander karakter in de *common law*-stelsels en in Zuid-Afrika. In althans Engeland heeft zij een discretionair karakter en wordt zij alleen toegewezen in het uitzonderlijke geval dat schadevergoeding geen adequate actie zou opleveren.³⁵ In Schotland ligt dit evenwel anders. Evenals in de *civil law*-rechtsstelsels is nakoming (*specific implement*) daar (althans in theorie) de primaire actie.³⁶

5 Vereisten

(a) Relevantie wetenschap onbevoegde vertegenwoordiger

Kan de onbevoegde tussenpersoon alleen met succes aansprakelijk worden gesteld als hij ten tijde van het verrichten van de onbevoegde rechtshandeling wist of behoorde te weten dat hij niet over toereikende bevoegdheid beschikte, of kan hij ook met succes aangesproken worden als de onbevoegde tussenpersoon destijds te goeder trouw was? In de bestudeerde rechtsstelsels wordt deze vraag in verschillende zin beantwoord. Enerzijds zijn er rechtsstelsels waarin de onbevoegde vertegenwoordiger in beginsel ook aansprakelijk is als hij wist noch behoorde te weten dat hij niet over een toereikende bevoegdheid beschikte, anderzijds zijn er stelsels die de voorwaarde stellen dat de onbevoegde tussenpersoon een verwijt moet kunnen worden gemaakt. De eerste benadering treft men aan in de rechtsstelsels waarin de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* primair wordt gebaseerd op een (veelal impliciete) contractuele garantie dat hij beschikt over een toereikende bevoegdheid. Deze benadering treft men aan in de meeste van de bestudeerde stelsels.³⁷ Een aansprekend voorbeeld biedt de bekende Engelse uitspraak inzake *Yonge v. Toynbee*, waarin werd geoordeeld dat een onbevoegde *agent* aansprakelijk was ondanks het feit dat hij niet wist dat zijn bevoegdheid inmiddels was geëindigd omdat zijn principaal handelingsonbekwaam was geworden.³⁸ In enkele andere stelsels wordt daarentegen wel de voorwaarde gesteld dat de onbevoegde tussen-

30 Larenz/Wolf (2007) § 49, Rn. 21 (Duitsland); Parl. Gesch. Boek 3, p. 283; HR 28 maart 1997, *NJ* 1997 (Wisman/Trijber); Asser-Kortmann (2004) nr. 97 (Nederland); *Firbank's Executors v. Humphreys* (1886) 18 Q.B.D. 54 op 60, per Lord Esher M.R.; Bowstead-Reynolds (2006) § 9-075 (Engeland); *Restatement (Third) of Agency* § 6.10 (V.S.); *Rederi Aktiebolaget Nordstjernan v. Salvesan & Co.* 1903 10 SLT 543, per Lord Moncreiff op 546-547; bevestigd (HL) (1905) 7 F 101 (Schotland); *Blower v. Van Noorden* 1909 TS 890 op 906 (Zuid-Afrika). Zie voorts art. 2.2.6 (1) UP, art. 3:204 (2) PECL en art. II.-6:107 (2) DCFR. In Frankrijk en België is niet geheel duidelijk of de derde aanspraak kan maken op vergoeding van het positieve contractsbelang.

31 § 179 (2) BGB.

32 Zie *Blower v. Van Noorden* 1909 TS 890 op 897-899, 902-906 voor een samenvatting van het Rooms-Hollandse recht en de relevante Zuid-Afrikaanse jurisprudentie. Zie ook B.P. Wanda, 'Agency and Representation', in: W.A. Joubert et al. (eds.), *The Law of South Africa*, 2nd edn., 34 vols., LexisNexis Durban: Butterworths 2003, vol. 1, § 214.

33 Zie bijv. Larenz/Wolf (2007) § 49, Rn. 19; Schramm (2006) § 179, Rn. 32.

34 Zie voor het Nederlandse recht art. 6:103 BW. Vgl. voorts HR 17 november 1967, *NJ* 1968, 42 (*Pos/Van den Bosch*). Zie voor het Belgische recht Wéry (2000) p. 252-253, waarbij wordt verwezen naar Civ. Brussel 5 januari 1998, *JLMB* 1998, 1835; Brussel 8 juni 1978, *TBH* 1979, 145. Zie voor het Franse recht S. Saintier, 'Unauthorised Agency in French law', in: Busch/Macgregor (2009) p. 52.

35 Zie bijv. E. Peel, *Treitel: The Law of Contract*, 12th ed., London: Sweet & Maxwell 2007, § 21-016.

36 Macgregor (2009) p. 294.

37 Zie § 179 (1) BGB (Duitsland); art. 3:70 BW (Nederland); Bowstead-Reynolds (2006) § 9-063 (Engeland); *Restatement (Third) of Agency* § 6.10 (V.S.); Gloag (1929) p. 155 (Schotland); *Blower v. Van Noorden* 1909 TS 890 op 906 (Zuid-Afrika). Zie voorts Art. 3:204 (2) PECL, Art. 2.2.6 (2) UP en art. II.-6:107 (2) DCFR. Opgemerkt zij dat in de meeste van de voornoemde stelsels aansprakelijkheid ook kan worden gebaseerd op onrechtmatige daad, in welk geval een zekere mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de onbevoegde tussenpersoon wel noodzakelijk is. Zie § 2, hierboven.

38 *Yonge v. Toynbee* [1910] 1 KB 215.

persoon een verwijt kan worden gemaakt, te weten in de rechtsstelsels waarin de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* (primaire) gebaseerd wordt op onrechtmatige daad.³⁹

Vermeldenswaardig is nog dat in twee stelsels waar de garantiebenedering geldt de rechtsgevolgen enigszins worden gereduceerd. Ten eerste, als eerder opgemerkt geldt in Duitsland dat de tussenpersoon die niet wist dat hij over een ontoereikende bevoegdheid beschikte, niet verplicht is tot vergoeding van het positieve contractbelang. Hij dient slechts het negatieve contractbelang te vergoeden, met dien verstande dat de schadevergoeding die de derde zou hebben gekregen als deze begroot zou zijn op het positieve contractbelang hoe dan ook als bovengrens geldt. Dit om te voorkomen dat een vergoeding van het negatieve contractbelang onverhoopt hoger uit zou kunnen vallen dan een vergoeding van het positieve contractbelang.⁴⁰ Ten tweede, naar Nederlands recht geldt dat de vertegenwoordiger die wist noch behoorde te weten dat zijn volmacht was geëindigd, niet aansprakelijk is.⁴¹

Wij zijn van mening dat de garantiebenedering de voorkeur verdient. De tussenpersoon zal zelf in het algemeen het best in staat zijn om te verifiëren of hij over toereikende vertegenwoordigingsbevoegdheid beschikt. Het ligt als regel dan ook voor de hand dat de tussenpersoon (en niet de derde) het risico van bevoegdheidsverschijding draagt.

Wij zijn van mening dat de garantiebenedering de voorkeur verdient

(b) Wetenschap van de derde en causaal verband

In alle bestudeerde rechtsstelsels is de wetenschap van de derde van belang voor de beantwoording van de vraag of de *falsus procurator* aansprakelijk is jegens de derde. In het Duitse recht, het Nederlandse recht, de PECL, de UP en het DCFR geldt dezelfde regel: de derde kan geen schadevergoeding vorderen van de onbevoegde tussenpersoon als hij ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling wist of behoorde te weten dat de tussenpersoon onbevoegd was.⁴² Het *Restatement (Third) of Agency* kent een vergelijkbare benadering.⁴³

In alle bestudeerde rechtsstelsels is de wetenschap van de derde van belang voor de beantwoording van de vraag of de falsus procurator aansprakelijk is jegens de derde

In het Engelse recht, het Schotse recht en het Zuid-Afrikaanse recht worden dezelfde resultaten langs andere weg bereikt. Wetenschap van onbevoegdheid bij de derde leidt er in de zojuist genoemde stelsels toe dat de schade die de derde lijdt geacht wordt niet te zijn veroorzaakt door de schending van de garantieverplichting van de onbevoegde tussenpersoon, omdat de derde van meet af aan wist dat de tussenpersoon onbevoegd was.⁴⁴

Ook in België kunnen vergelijkbare resultaten worden bereikt. Naar Belgische recht kan beargumenteerd worden dat als de derde weet althans behoort te weten dat de tussenpersoon onbevoegd is, de tussenpersoon geen onrechtmatige daad heeft gepleegd omdat hij geen fout heeft begaan en daarom niet aansprakelijk is jegens de derde. Een andere redenering zou naar Belgisch recht kunnen zijn dat de derde door diens wetenschap het causale verband tussen de onbevoegdheid van de tussenpersoon en de veroorzaakte schade althans gedeeltelijk doorbreekt en de geleden schade uit dien hoofde verdeeld moet worden over de onbevoegde tussenpersoon en de derde zelf.⁴⁵

Geconcludeerd kan worden dat als de derde weet of behoort te weten dat de tussenpersoon onbevoegd is dit er in alle bestudeerde rechtsstelsels toe leidt dat de tussenpersoon niet althans verminderd aansprakelijk is jegens de derde

In het Franse recht is de wetenschap van de derde eveneens van groot belang. In vergelijkbare zin als in het Engelse recht, het Schotse recht, het Zuid-Afrikaanse recht en het Belgische recht speelt de wetenschap van de derde een rol in het kader van het vaststellen van het causale

39 Zie voor het Franse recht bijv. Le Tourneau (2000) § 343. Zie voor het Belgische recht bijv. Tillemans (1997) p. 199; Wéry (2000) p. 252 (België). Voor zover de onbevoegde tussenpersoon naar Frans of Belgisch recht uitdrukkelijk *garandeert* dat de principaal zal bekrachtigen (*promesse de portefort*) is verwijtbaarheid uiteraard geen vereiste. Zie hierover § 2, hierboven.

40 § 179 (2) BGB.

41 Art. 3:76 (2), tweede zin, BW.

42 Zie voor het Duitse recht § 179 (3), eerste zin, BGB en voor het Nederlandse recht art. 3:70 BW. Hetzelfde geldt naar Nederlands recht waarschijnlijk als de derde van de tussenpersoon schadevergoeding vordert op grond van art. 6:162 BW. Het is enigszins anders als de tussenpersoon voortgaat met het verrichten van rechtshandelingen namens de principaal ondanks het feit dat zijn volmacht inmiddels is geëindigd. In dat geval kan de derde van de onbevoegde tussenpersoon ook schadevergoeding vorderen als de derde *behoorde* te weten dat de volmacht inmiddels was geëindigd, zolang de derde dit maar niet *wist* en voor zover de onbevoegde tussenpersoon maar wist of behoorde te weten dat de volmacht was geëindigd (art. 3:76 lid 2 BW). Anders gezegd: de derde heeft geen onderzoeksplicht. Zie voorts art. 3:204 (2), tweede zin, PECL; art. 2.2.6 (2) UP; art. II. - 6:107 (3) DCFR.

43 *Restatement (Third) of Agency* § 6.10.

44 Zie voor het Engelse recht bijv. *Halbot v. Lens* [1901] 1 Ch. 344. Zie voor Schotland: G.J. Bell, *Commentaries on the Law of Scotland and on the Principles of Mercantile Jurisprudence*, 7th edn., by J. MacLaren, T. & T. Clark, Edinburgh 1870 (herdrukt 1990) I, 542, note; Gloag (1929) p. 156; *RBS v. Skinner* 1931 SLT 382. Zie voor het Zuid-Afrikaanse recht bijv. *Nebendahl v. Schroeder*, 1937 SWA 48.

45 Zie I. Samoy, 'Unauthorised agency in Belgian law', in: Busch/Macgregor (2009) p. 87.

verband tussen de onbevoegdheid van de tussenpersoon en de door de derde geleden schade. Indien de derde weet dat de tussenpersoon onbevoegdelijk handelt en er desondanks voor kiest om geen persoonlijke verbintenis van de tussenpersoon te verkrijgen, kan de derde de onbevoegde tussenpersoon niet met succes aanspreken. De verklaring hiervoor is dat de derde het risico draagt van zijn handelen met een tussenpersoon waarvan de derde weet dat hij (de tussenpersoon) onbevoegd is. De acceptatie door de derde dat de tussenpersoon onbevoegd is doorbreekt de causale keten.⁴⁶ Bovendien is de onbevoegde tussenpersoon naar Frans recht niet aansprakelijk jegens de derde als de derde nalatig is geweest door onkundig te blijven van de onbevoegdheid van de tussenpersoon. In dit laatste geval is in de literatuur beargumenteerd dat de schade verdeeld moet worden over de onbevoegde tussenpersoon en de derde zelf.⁴⁷

Geconcludeerd kan worden dat als de derde weet of behoort te weten dat de tussenpersoon onbevoegd is dit er in alle bestudeerde rechtsstelsels toe leidt dat de tussenpersoon niet althans verminderd aansprakelijk is jegens de derde. In sommige stelsels wordt dit gezien als een toepassing van de goede trouw, terwijl het in andere stelsels wordt verklaard door het ontbreken van onrechtmatigheid of als een gehele of gedeeltelijke doorbreking van de causale keten.

In alle bestudeerde rechtsstelsels geldt dat de onbevoegde vertegenwoordiger alleen dan aansprakelijk is als de derde schade heeft geleden als gevolg van de onbevoegdheid van de tussenpersoon

(c) *Schade, causaal verband en bewijslast*
In alle bestudeerde rechtsstelsels geldt dat de onbevoegde vertegenwoordiger alleen dan aansprakelijk is als de derde schade heeft geleden als gevolg van de onbevoegdheid van de tussenpersoon. Als de princi-

paal het contract ook niet zou zijn nagekomen als de tussenpersoon wel bevoegd zou zijn geweest, kan de derde zijn schade niet vergoed krijgen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de principaal insolvent is.⁴⁸

Het Nederlandse recht verdient in dit kader nog bijzondere vermelding. De Hoge Raad heeft beslist dat de derde niet hoeft te bewijzen dat de principaal de overeenkomst met de derde zou zijn nagekomen als de tussenpersoon vertegenwoordigingsbevoegd zou zijn geweest, maar dat de onbevoegde tussenpersoon moet stellen en zo nodig bewijzen dat de overeenkomst niet zou zijn nagekomen als de tussenpersoon bevoegd zou zijn geweest.⁴⁹ Dit lijkt een redelijke benadering, aangezien de tussenpersoon door zijn band met de principaal over het algemeen beter in staat zal zijn om dit te bewijzen.

Er lijkt weinig op tegen om de regels inzake de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* volledig te harmoniseren

6 Conclusies

Uit het bovenstaande blijkt dat de regels ten aanzien van de aansprakelijkheid van de onbevoegde vertegenwoordiger in belangrijke mate convergeren en zich een grootste gemene deler of *common core* begint af te tekenen. De contractuele garantiebenadering is veruit het widest verbreid. Dit betekent dat er – althans in juridisch opzicht – weinig op tegen lijkt om de regels inzake de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* volledig te harmoniseren. Dat zou dan immers nog maar een kleine stap betekenen. Het zou de internationale rechtszekerheid ten goede komen, omdat partijen dan direct weten waar zij aan toe zijn. De regels inzake de aansprakelijkheid van de *falsus procurator* in de PECL, de UP en recentelijk het *Draft Common Frame of Reference* (die inhoudelijk allen identiek zijn) reflecteren deze *common core* uitstekend en zouden dan ook goed als basis kunnen dienen voor een uniforme regeling.

46 Zie Le Tourneau (2000) § 339; *Cass. Civ.* 9-7-1872, *DP* 1872, 1, 404; *Cass. Civ. 1ère*, 16-6-1954, *Bull. Civ. I*, no. 200.

47 Le Tourneau (2000) § 343.

48 OLG Hamm MDR 1993, 515; W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäft*, Bd. II, Berlin: Springer Verlag 1965, § 47 (3)(b); E. Schilken, in: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 1 – *Allgemeiner Teil* § 164-240, 15. Aufl., Berlin: Sellier-De Gruyter 2004, § 179, Rn. 15 (Duitsland); *Simons v. Patchett* (1857) 7 E. & B. 568 op 574; *Spedding v. Nevell* (1869) L.R. 4 C.P. 212 op 226; *Goodwin v. Francis* (1870) L.R. 5 C.P. 295 op 308; *Richardson v. Williamson* (1871) L.R. 6 Q.B. 276 op 279-280; *Weeks v. Propert* (1873) L.R. 8 C.P. 427 op 439; *Re National Coffee Palace Co., ex p. Panmure* (1883) 24 Ch.D. 367 op 372; *Bowstead-Reynolds* (2006) § 9-076 (England); *Restatement (Third) of Agency* § 6.10, Comment b) (V.S.); *Irving v. Burns* 1915 SC 260 (Schotland); *Langford v. Moore and others* (1900) 17 SC 10; *Blower v. Van Noorden* 1909 TS 890 op 903-905; *Ex Parte De Villers and another NNO: In Re Carbon Developments* 1992 (2) SA 95 op 144 (Zuid-Afrika).

49 HR 20 februari 2004, *NJ* 2004, 254 (*Vreeswijk/Van Heeckeren van Kill*); HR 8 oktober 2004, *NJ* 2006, 478, m.nt. Jac Hijma (*Arnold van de Kamp Makelaardij BV/F. van der Veer Beleggingen BV*).